



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2011

---

## Usurpation des Rechtsstaatsbegriffs durch die staatsrechtliche Orthodoxie?

Diggelmann, Oliver

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-50891>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Diggelmann, Oliver (2011). Usurpation des Rechtsstaatsbegriffs durch die staatsrechtliche Orthodoxie? Jusletter, 12(12.09.2011):online.

Prof. Dr. Oliver Diggelmann

## **Usurpation des Rechtsstaatsbegriffs durch die staatsrechtliche Orthodoxie?**

Anmerkungen zu Martin Schubarths «Verfassungsgerichtsbarkeit»

---

Der Autor nimmt die neulich erschienene Schrift «Verfassungsgerichtsbarkeit» des früheren Bundesgerichtspräsidenten Martin Schubarth zum Anlass für zwei grundsätzliche Überlegungen zur Debatte über den Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit. Er weist zum einen auf die Komplexität des Rechtsstaatsbegriffs und seine Offenheit für neue Postulate hin. Zum anderen setzt er sich mit Schubarths Kritik an der Staatsrechtswissenschaft auseinander, welche in der Debatte einseitig zu Gunsten des Ausbaus Partei ergreife.

---

Rechtsgebiet(e): Übriges Verfassungsrecht; Beiträge

Zitiervorschlag: Oliver Diggelmann, Usurpation des Rechtsstaatsbegriffs durch die staatsrechtliche Orthodoxie?, in: Jusletter 12. September 2011

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Usurpation des Rechtsstaatsbegriffs?
  - 1. Schubarths Argumentation
  - 2. Das Rechtsstaatsprinzip als partiell offenes Strukturprinzip
  - 3. Seitenblick auf das Demokratieprinzip
- III. ... durch die staatsrechtliche Orthodoxie?
  - 1. Schubarths Argumentation
  - 2. Politikvertrauen der Bundesverfassung
  - 3. Erosion des politisch-kulturellen Nachkriegskonsenses

## I. Einleitung

[Rz 1] Dieser Beitrag enthält keine Besprechung der neulich erschienenen Schrift «Verfassungsgerichtsbarkeit» des früheren Präsidenten des Bundesgerichts Martin Schubarth.<sup>1</sup> Die Absicht besteht auch nicht darin, die – epische und regelmässig wiederkehrende – Debatte zur Verfassungsgerichtsbarkeit einmal mehr grundsätzlich aufzurollen und die Position Schubarths darin zu verorten. Für eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Thematik und mit der in nächster Zeit anstehenden Entscheidung über die Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit – auf die (inzidente) Kontrolle von Bundesgesetzen – sei auf die weitere Literatur verwiesen.<sup>2</sup> Ich will im Folgenden stattdessen zwei Aussagen aus der Publikation Schubarths herausgreifen und zum Ausgangspunkt eigener Überlegungen machen.

[Rz 2] Schubarth erhebt zunächst Einspruch gegen die Behauptung, Verfassungsgerichtsbarkeit sei heute in einer demokratisch-rechtsstaatlichen Ordnung «unverzichtbar».<sup>3</sup> Der Akzent bei der Formel «demokratisch-rechtsstaatliche Ordnung» liegt auf rechtsstaatlich; die Ausführungen enthalten keine Auseinandersetzung mit der Frage, was aus dem Demokratieprinzip für die Frage der Verfassungsgerichtsbarkeit folgen könnte.<sup>4</sup> Schubarth stellt sich, vereinfacht gesagt, auf

den Standpunkt, Wissenschaft und Verwaltung hätten den Rechtsstaatsbegriff in unzulässiger Weise zur Stützung des Postulats der Verfassungsgerichtsbarkeit usurpiert. Die Frage, die mich in diesem Zusammenhang interessiert, lautet: Geht es beim von Schubarth angesprochenen Problem um eine Frage, die mit richtig oder falsch beantwortet werden kann – und falls nicht: Was hätte dies zu bedeuten? Soviel vorweg: Um dieses Problem richtig zu verstehen, muss man das Wesen der Rechtsstaatsidee oder des Rechtsstaatsprinzips als verfassungsrechtlichen Grundbegriff oder – ambitionierter – Strukturprinzip der Verfassung näher betrachten.

[Rz 3] Der zweite hier interessierende Aspekt von Schubarths Publikation ist seine Kritik an der Rolle der Staatsrechtswissenschaft in der Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit. Es stelle sich die Frage, so Schubarth, ob die schweizerische Verfassungswissenschaft in Bezug auf die hier angesprochenen Fragen «wissenschaftssoziologisch gesehen Wissenschaft oder doch eher eine Form von wissenschaftssoziologisch verbrämter Rechtspolitik» sei, «die sich eklektisch nur gerade diejenigen Argumente» herauspicke, die in ihr rechtspolitisches Konzept passten.<sup>5</sup> Es geht mir nicht um die drastische Formulierung. Interessant scheint mir vielmehr die Frage, ob man in dieser und allenfalls anderen verfassungspolitischen Debatten von einer Art «Rolle» der Staatsrechtswissenschaft sprechen kann.

[Rz 4] An dieser Stelle ist eine kurze terminologische Klarstellung nötig. Wenn im Folgenden von Verfassungsgerichtsbarkeit die Rede ist, so ist damit deren Herzstück gemeint: die Kontrolle von Gesetzen auf Verfassungsmässigkeit. Debatten über Verfassungsgerichtsbarkeit handeln in der Regel von dieser Frage, obschon Verfassungsgerichtsbarkeit mehr umfasst, insbesondere auch Entscheide über Organstreitigkeiten und föderalistische Kompetenzkonflikte.<sup>6</sup> Die Kontrolle von Gesetzen gilt als Herzstück der Verfassungsgerichtsbarkeit, weil das Gesetz das zentrale Politiksteuerungsinstrument des liberalen Staates ist und Verfassungsgerichtsbarkeit die Spielräume beim Zugriff auf dieses Steuerungsinstrument verändert.

## II. Usurpation des Rechtsstaatsbegriffs?

### 1. Schubarths Argumentation

[Rz 5] Ausgangspunkt von Schubarths Überlegungen sind einige Passagen in den Materialien des Bundes zur Totalrevision der Bundesverfassung aus der zweiten Hälfte der

<sup>1</sup> MARTIN SCHUBARTH, Verfassungsgerichtsbarkeit, Bern 2011.

<sup>2</sup> MAYA HERTIG RANDALL, L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle: défis et perspectives, ZSR 129 (2010), 221 ff.; HANSJÖRG SEILER, Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Verfassungsrecht, Richterrecht und Politik, ZSR 129 (2010), 381 ff.; TOBIAS D. MEYER, Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik, Bern 2011; JÖRG PAUL MÜLLER, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), 53 ff.; RENÉ RHINOW, Zum Schutz von Freiheit, Demokratie und Föderalismus: Ein Plädoyer für einen massvollen Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Jusletter 14. März 2011.

<sup>3</sup> SCHUBARTH (Fn. 1), 5, VI.

<sup>4</sup> Schubarth setzt sich mit den Fragen auseinander, was aus der formalen Normhierarchie im Verfassungsstaat und aus dem besonderen Charakter verfassungsrichterlicher Rechtsprechung für den Konnex zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und demokratisch-rechtsstaatlicher Ordnung folgt. Der gemeinsame Nenner dieser Probleme ist die Frage, was aus der Idee der Herrschaft des Rechts im Verfassungsstaat für die Organisation der Institutionenordnung und die Spitze der dritten Gewalt folge. Der Begriff «demokratisch» wird in die Fragestellung zwar rhetorisch eingeschlossen, in der Sache findet jedoch nur eine Auseinandersetzung mit der Rechtsstaatsidee statt (vgl. insbesondere die Ausführungen auf S. 30 ff. unter dem Stichwort «Diskussion»).

<sup>5</sup> SCHUBARTH (Fn. 1), 2.

<sup>6</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde unterscheidet vier Bereiche möglicher Kompetenzen von Verfassungsgerichten: Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen als «Kern und Minimalbestand», Organstreitigkeiten, Bund-Gliedstaaten-Streitigkeiten und Grundrechtsstreitigkeiten: Verfassungsgerichtsbarkeit, in: ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Staat-Nation-Europa, Frankfurt a.M. 1999, 157 ff., 174.

1990er-Jahre, die er als einseitig und wissenschaftlich fragwürdig einstuft.<sup>7</sup> Neben der schon zitierten, in der Botschaft über eine Totalrevision der Bundesverfassung von 1996 zu findenden Aussage, Verfassungsgerichtsbarkeit sei in den europäischen Staaten unverzichtbarer Gehalt der (demokratisch-) rechtsstaatlichen Ordnung, findet sich in den Erläuterungen zum Vorentwurf von 1995 die Aussage, Verfassungsgerichtsbarkeit habe sich in den Verfassungsstaaten westlicher Prägung «voll durchgesetzt»<sup>8</sup>. Schubarth stört sich daran, dass diese Frage nicht offen zur Diskussion gestellt, sondern als klarer Fall dargestellt wird. Er will die Aussagen widerlegen.

[Rz 6] Zunächst führt er – einer traditionellen Argumentationslinie folgend – ins Feld, Verfassungsgerichtsbarkeit, d.h. Kontrolle von Gesetzen auf Verfassungsmässigkeit hin, sei im Grunde genommen nicht Rechtsprechung. Es handle sich um Politikgestaltung in justizförmigem Verfahren, das nur als Vorwand für politische Machtentscheidung diene.<sup>9</sup> Der Autor unterlegt seine Position durch eine Reihe von Argumenten und Beispielen, die man ernst nehmen muss. Er schreibt etwa, die Frage der Schwangerschaftsunterbrechung sei in Deutschland durch das Bundesverfassungsgericht entschieden worden, das zwei Mal eine Fristenregelung wegen angeblich in der Verfassung vorfindlicher Regelungen aufgehoben habe.<sup>10</sup> In der Schweiz habe man demgegenüber nach einer langen Grundsatzdiskussion auf politischem Weg eine Fristenlösung einführen können. Ein anderes Beispiel betrifft die Kassation von Teilen des St. Galler Gesetzes betreffend Fortpflanzungsmedizin in den 1980er-Jahren, das vom Bundesgericht mit bescheidenen Kenntnissen in der Sache kassiert worden sei.<sup>11</sup> Er übt Kritik an vielen Impräzisionen der Bundesverfassung und spricht, in Anlehnung an – den ihm im Geist sonst nicht verwandten – Kelsen, von fragwürdigen Phraseologien in der Verfassung.<sup>12</sup> Was etwa, fragt er, sei die «Würde der Kreatur»?

[Rz 7] Unmissverständlich ist sein Urteil über die richterliche Politikgestaltung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Dieser sei blind zu einem «europäischen Verfassungsgericht»<sup>13</sup> emporstilisiert worden, seine Anmassungen hätten die Qualität einer «Art von juristischem Staatsstreich»<sup>14</sup>. Er findet kein anerkennendes Wort für die Institution, die wesentlich dazu beitrug, ein von zwei Weltkriegen erschüttertes Europa zu stabilisieren und ein

gemeinsames rechtsstaatliches und demokratisches Wertefundament zu etablieren.<sup>15</sup>

[Rz 8] Schubarth weist sodann nach, dass sich die Verfassungsgerichtsbarkeit keineswegs vollständig durchgesetzt habe. Er hält die Behauptung eines Siegeszugs der Verfassungsgerichtsbarkeit für irreführende «Erbsenzählerei»<sup>16</sup>. Eine zentrale Rolle in seiner Argumentation spielen die skandinavischen Länder, in denen die Richter nicht davon ausgingen, dass sie «demokratisch zustande gekommene Gesetze kassieren»<sup>17</sup> könnten. Aber auch viele osteuropäische Staaten kennen nur der Form nach Verfassungsgerichte, agierten in der Realität aber oft alles andere als unabhängig.<sup>18</sup> Ausserdem gebe es Staaten wie Frankreich, die nur über eine beschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit verfügten.<sup>19</sup>

[Rz 9] Schubarth bietet eine verfassungshistorische These zur Erklärung der Unterschiede zwischen Staaten mit voll ausgebauter Verfassungsgerichtsbarkeit und den übrigen Staaten an. Verfassungsgerichtsbarkeit sei in Europa eine «Antwort auf eine revolutionäre Situation»<sup>20</sup>, was oft verkannt werde. Der Grundgedanke Schubarths ist, dass Verfassungsgerichtsbarkeit jeweils stabilisierend in prekären Situationen geschaffen oder ausgebaut worden sei. Sie werde eingeführt oder ausgebaut, wenn man dazu gezwungen werde. Länder mit kontinuierlicher Verfassungsentwicklung verfügten in der Regel über keine oder nur beschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit. Zu diesen zählt er auch die Schweiz, die sich seit 1848 nie mehr in einer revolutionären Situation befunden habe.<sup>21</sup> Sie sei zur Weiterentwicklung der

<sup>7</sup> Schubarth (Fn. 1), 5.

<sup>8</sup> *Ibid.*, 5.

<sup>9</sup> *Ibid.*, 43.

<sup>10</sup> *Ibid.*, 45 f.

<sup>11</sup> *Ibid.*, V f.

<sup>12</sup> *Ibid.*, 42.

<sup>13</sup> *Ibid.*, VII.

<sup>14</sup> *Ibid.*, 73.

<sup>15</sup> Mit Blick auf die spektakuläre Wende des EGMR bei der Kruzifixfrage – die Grosse Kammer entschied im Fall *Lautsi u.a.v. Italien* (Appl. Nr. 30814/06) am 18. März 2011 in Abweichung von der Kammerentscheidung vom 3. November 2009, die Religionsfreiheit werde durch ein christliches Kreuz in Klassenzimmern nicht verletzt – schreibt Schubarth: Die Abkehr vom ersten Entscheid sei «möglicherweise eher das Ergebnis eines politischen Kalküls, also in erster Linie getragen von politischem Opportunismus», da Italien sich allenfalls geweigert hätte, ein anderslautendes Urteil umzusetzen: Schubarth (Fn. 1), 68.

<sup>16</sup> *Ibid.*, 13.

<sup>17</sup> *Ibid.*, 28.

<sup>18</sup> *Ibid.*, 12 ff.

<sup>19</sup> *Ibid.*, 17 f.

<sup>20</sup> *Ibid.*, 6, 27 ff.

<sup>21</sup> *Ibid.*, 20.

Verfassungsgerichtsbarkeit nicht gezwungen gewesen,<sup>22</sup> befinde sich mit ihrem gegenwärtigen System in «bester Gesellschaft»<sup>23</sup>.

[Rz 10] Schubarths Argumente können meiner Meinung nach – von der kaum belastungsfähigen verfassungshistorischen These abgesehen – grundsätzlich hohe Plausibilität beanspruchen.<sup>24</sup> Verfassungsgerichte, die Gesetze auf Verfassungsmässigkeit überprüfen können, besitzen hinsichtlich der konkret zu beurteilenden Frage oft quasi-gesetzgeberische Macht. Sie ergibt sich nicht nur aus der Unbestimmtheit der Verfassungsnormen – aus dieser natürlich in erster Linie –, sondern auch aus dem Fehlen klarer Methoden bei der Verfassungsinterpretation.<sup>25</sup> Die Verfassung kann im Unterschied zu Gesetzen nicht von den Wertungen eines höher-rangigen Rechtstextes her interpretiert werden, sondern nur aus sich selbst heraus. Verfassungsgerichtsbarkeit nähert sich deshalb dem, was in der Soziologie als selbstreferentielles System bezeichnet wird.<sup>26</sup> Es ist etwas anderes, ob beispielsweise ein Strafrichter den Begriff der «kriminellen Organisation» interpretiert oder ein Verfassungsgericht über so grundsätzliche Fragen wie die Vereinbarkeit einer gesetzlichen Abtreibungsregelung mit dem grundrechtlichen Persönlichkeitsschutz oder der Bankengesetzgebung mit der Wirtschaftsfreiheit entscheidet. Verfassungsauslegung ist ohne Rückgriff auf allgemeine Werthaltungen, Gesellschafts- und Weltbilder nicht denkbar. Der Entscheid etwa, ob ein Recht auf Beihilfe zu Suizid grundrechtlich begründet werden kann oder nicht, ist ohne Rückgriff auf Menschenbilder und allgemeine Gesellschaftskonzeptionen nicht vor-

stellbar. Diese sind Ausdruck politischer Überzeugungen. Verfassungsgerichtsbarkeit bedeutet damit tatsächlich, dass der Richter im Hinblick auf diese Fragen das «letzte Wort» hat, allerdings mit der oft übersehenen Einschränkung, dass der Verfassungsgeber dieses wieder korrigieren kann.<sup>27</sup> Judicialisierung von Verfassungsfragen entpolitisiert diese nicht, da hat Schubarth also Recht. Verfassungsgerichtsbarkeit ist nicht Rechtsprechung im Sinne der klassischen, den Staat nach Funktionen gliedernden Gewaltenteilungsidee.

[Rz 11] Doch wie ist dieser Befund damit zu vereinbaren, dass Schubarths Position in der Schweiz eine klare Minderheitenposition ist?<sup>28</sup> Wie kommt es, dass neben der von ihm kritisierten Verwaltung auch die Wissenschaft heute einen engen bis notwendigen Konnex zwischen dem Postulat des Ausbaus der Verfassungsgerichtsbarkeit und dem Rechtsstaatsprinzip sieht? Wie ist der Umstand einzuordnen, dass dies keineswegs immer so war? Es ist wenig wahrscheinlich, dass Schubarths Überlegungen grossen Teilen der Staatsrechtslehre entgangen sind, handelt es sich doch um Topoi der Debatte.

## 2. Das Rechtsstaatsprinzip als partiell offenes Strukturprinzip

[Rz 12] Die beschriebene Situation wird verständlich, wenn das Wesen des Rechtsstaatsprinzips näher betrachtet wird. Man muss die Struktur und die mitgeführten Bedeutungsschichten des Begriffs freilegen. Der Rechtsstaatsbegriff ist – wie der Demokratiebegriff auch – ein inhaltlich partiell offener staatsrechtlicher Schlüssel- oder Konzeptbegriff, in den im Lauf der Geschichte der liberalen Staaten immer wieder neue Gehalte eingeflossen sind.<sup>29</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde spricht von einem politisch-ideologisch geprägten Begriff, in den politische Überzeugungen einfließen können, die dem Wandel unterliegen.<sup>30</sup> Dabei besteht eine Tendenz, das jeweils noch nicht Erreichte als zentrales Element in den Begriff hineinzulegen.<sup>31</sup> Man kann sagen, dass der Rechtsstaatsbegriff einen harten, gewissermassen geronnenen Kern und unscharfe Ränder aufweist, über die gestritten werden kann und stets gestritten wird.

<sup>22</sup> In diesem Punkt ist dem Autor historische Unsorgfalt anzulasten. Die Grundkonzeption der heutigen schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit – mit der abstrakten und inzidenten Kontrolle kantonaler Gesetze als Kern – wurde mit der Bundesverfassung von 1874 realisiert, nicht nach den revolutionären Umbrüchen von 1847/48. Das noch nicht ständige Bundesgericht von 1848 bis 1874 war von einem Verfassungsgericht überdies weit entfernt. Es bestand – der Anzahl Kantone entsprechend – aus 22 Mitgliedern, die sich als Vertreter der Kantone verstanden und politisch gewählt wurden. In der Zeit seines Bestehens behandelte das frühe Bundesgericht einen einzigen Fall wegen Verletzung eines Grundrechts. Zum Ganzen vgl. GORAN SEFEROVIC, Das Bundesgericht 1848–1874. Die Bundesgerichtsbarkeit im frühen Bundesstaat, Diss., Zürich 2010.

<sup>23</sup> SCHUBARTH (Fn. 1), 30.

<sup>24</sup> Der Begriff der revolutionären Situation umfasst bei Schubarth so unterschiedliche Situationen wie die Neugründung Deutschlands nach dem Zweiten Weltkrieg oder den belgischen Sprachenstreit der 1980er-Jahre. Der Autor macht auch verschiedene Gegenbeispiele und Sonderfälle aus. Man fragt sich, wozu die These eines Konnexes zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und revolutionärer Situation gut sein soll, wenn der Begriff kaum Konturen hat und es eine stattliche Anzahl Ausnahmen gibt. Schubarths These erinnert an Dieter Grimms bekannte These, wonach sich jene Staaten eine Verfassung (nicht Verfassungsgerichtsbarkeit) gaben, die diese für die Verwirklichung einer liberalen Gesellschaft «brauchten» – alle ausser England. Vgl. DIETER GRIMM, Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus, in: *id.*, Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt a.M. 1991, 31 ff., 43.

<sup>25</sup> BÖCKENFÖRDE, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 6), 166.

<sup>26</sup> *Ibid.*, 169.

<sup>27</sup> Mit Blick auf diesen Punkt macht es allerdings einen Unterschied, ob ein höchstes staatliches Gericht oder der EGMR Verfassungsgerichtsbarkeit ausübt. Bei Letzterem ist eine Korrektur durch den Verfassungsgeber nicht möglich.

<sup>28</sup> Kritisch zur Verfassungsgerichtsbarkeit etwa auch: SEILER (Fn. 2), 538 (These 24); PAUL RICHLI, Der Grundrechtsschutz verlangt keinen Ausbau, Neue Zürcher Zeitung vom 22. Juni 2011.

<sup>29</sup> Grundlegend: ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: *id.*, Recht – Staat – Freiheit, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1992, 143 ff.

<sup>30</sup> ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft, in: *id.*, Staat – Verfassung – Demokratie, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1992, 16.

<sup>31</sup> BÖCKENFÖRDE, Rechtsstaatsbegriff (Fn. 29), 151.



[Rz 13] Deutlich wird dies etwa, wenn wir uns vergegenwärtigen, dass man die Rechtsstaatsidee nach dem Zweiten Weltkrieg dahingehend zu erweitern suchte, dass man neben etablierten formalen Inhalten (Gesetzmässigkeitsprinzip, Gewaltenteilung) auch materielle Garantien (Grundrechte) in die Rechtsstaatsidee einzuschliessen begann. Dieser Schritt war eine Reaktion darauf, dass man das formelle Rechtsstaatsverständnis als Element einer rechtspositivistischen Kultur für das Abgleiten Deutschlands in die Diktatur mit verantwortlich machte.<sup>32</sup> Ein anderes Beispiel für einen mit der Zeit eingeflossenen Gehalt ist das Postulat der Verwaltungsgerichtsbarkeit, das eine Antwort auf das Wachstum des Staates, seinen Umbau zum Wohlfahrts- und Steuerungsstaat darstellte und mittlerweile auch in der Schweiz fast durchgehend verwirklicht ist.

[Rz 14] Was bedeutet dies für die heutige Debatte? Die Diskussion über die Verfassungsgerichtsbarkeit – mit ihrer nicht leicht zu durchschauenden Mischung von verfassungsrechtlichen, verfassungstheoretischen und verfassungspolitischen Argumenten – muss als normativ-ideologisches Ringen darüber verstanden werden, was Rechtsstaatlichkeit heute sein soll. Die Antwort auf die Frage, ob der Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit geboten ist oder nicht, lässt sich nicht aus dem Rechtsstaatsbegriff deduzieren. Man ringt vielmehr für oder gegen ihren Einschluss. Wie man sich in dieser Debatte positioniert, hängt vom Referenzrahmen ab, der für die eigene Argumentation gewählt wird, davon, welche das Rechtsstaatsprinzip konkretisierenden Staatsbauelemente man als für die Verwirklichung des Rechtsstaates entscheidend hält. Hier gibt es verschiedene Möglichkeiten – hier zeigt sich die Offenheit des Begriffs.

[Rz 15] Für Schubarth ist das funktionenteilige Gewaltenteilungsmodell der Referenzrahmen. Der Gesetzgeber, so die Prämisse seiner Argumente, habe zu legislieren, und der Richter sei an das Gesetz gebunden.<sup>33</sup> An diesem Massstab arbeitet er die Frage ab, ob zwischen

Verfassungsgerichtsbarkeit und Rechtsstaatlichkeit ein Konnex besteht und was der Richter darf und was nicht. Das ist im Grundsatz, wie gesagt, eine plausible und auch legitime Position. Die Funktionenteilungsidee ist eine historisch erfolgreiche Antwort auf das Machtproblem im liberalen Staat, indem es die Zuständigkeiten zur Regelung des Grundsätzlichen und die konkrete, im Extremfall physische Macht- und Gewaltausübung personell und zeitlich auseinanderzieht. In der Funktionenteilungsidee ist viel geschichtliche Erfahrung im Umgang mit Macht aufbewahrt.

[Rz 16] Man kann aber auch einen anderen Referenzrahmen wählen und die Umsetzung der Rechtsstaatsidee etwa in der Verwirklichung der Verfassung sehen, in ihrer Absicherung. Der argumentative Kern dieser Position besteht darin, dass die liberale Verfassung gleichzeitig die Herrschaft des Rechts (sie ist rechtliches Fundament des Staates, der auf ihr «beruht») und die Freiheitsidee verwirklicht (Grundrechte).<sup>34</sup> Die Frage, was zum modernen Rechtsstaat «gehört», entscheidet sich also an der Wahl der die Grundidee konkretisierenden Vermittlungsidee. Wird die «Sicherung der Verfassung» als massgeblicher Referenzrahmen gewählt, erscheint ein Einschluss der Verfassungsgerichtsbarkeit ins Rechtsstaatskonzept viel naheliegender als etwa bei Schubarth. Verfassungsgerichtsbarkeit bedeutet dann, dass sich auch das Parlament konsequent dem Recht unterwirft und sich nicht vorbehält, dieses zu durchbrechen. Anders formuliert: Argumente erhalten Gewicht, die im funktionenteiligen Referenzrahmen keine grosse Rolle spielen.

[Rz 17] Ein erstes solches Argument ist, dass sich das Parlament bei fehlender Verfassungsgerichtsbarkeit selbst kontrolliert, ob es die Verfassung einhält. Dies kann als strukturelle Gefährdung für die verfassungsrechtlich garantierten Individualrechte gewertet werden und führt zu folgender Frage: Kann das Parlament in Zeiten massenweiser Rechtsproduktion und massenmedial geschürter Polarisierung wirklich über die Einhaltung der Verfassung durch sich selbst wachen? Es spricht einiges dafür, dass es dazu einigermassen in der Lage ist. Das Schweizer Parlament verstösst nicht ständig in dramatischer Weise gegen Grundrechte. Insgesamt ist es für diese Aufgabe aber – und das ist der Punkt – schlechter gerüstet als ein Verfassungsgericht, das unter anderen zeitlichen, personellen und medialen Bedingungen

<sup>32</sup> Bernhard Schlink macht mit bemerkenswerten Argumenten darauf aufmerksam, dass dem Rechtspositivismus diese Rolle zu Unrecht zugeschrieben wurde. Der formale Positivismus der Weimarer Republik sei keine Befehlsbefolgungsideologie gewesen, sondern vielmehr eine durch Formalität, Rationalität und Liberalismus geprägte Methode der Bearbeitung und Anwendung des Rechts, die gegenüber der Irrationalität nationalsozialistischen Rechts einige Sperrigkeit gezeigt habe. Die Prämisse der Naturrechtsrenaissance nach dem Zweiten Weltkrieg (die das ideologische Fundament für das hier interessierende Postulat eines materiellen Rechtsstaatsverständnisses bildete), sei falsch gewesen: BERNHARD SCHLINK, Recht – Schuld – Zukunft, in: *id.*, Vergangenheitsschuld und gegenwärtiges Recht, Frankfurt a.M. 2002, 17.

<sup>33</sup> Schubarth schreibt, die in bestimmten Ländern anzutreffende reservierte Haltung gegenüber Verfassungsgerichtsbarkeit erkläre sich durch ihr Bekenntnis zur Gewaltenteilung: *id.* (Fn. 1), 39. Zuweilen sind allerdings auch vorsichtiger Formulierungen zu finden. Es findet sich etwa auch die Passage, es könne bei sehr offenen Normen Sinn machen, die Entscheidung über die Konkretisierung der Norm dem Gesetzgeber zu überlassen: *ibid.*, 41.

<sup>34</sup> Für das Verständnis der Instrumentalität ist ein Blick auf die Entstehungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus hilfreich, die von Dieter Grimm eingehend untersucht wurden. Träger der Forderung nach einer Verfassung war der bürgerliche Dritte Stand, dem es um staatsfreie Spielräume ging und der in der Herrschaft des Rechts das Mittel zur Verwirklichung dieses Postulats sah. Die Verfassung ist hier von zentraler Bedeutung, da sie den Staat «ins Recht» stellt, indem sie sein Fundament zu sein beansprucht, und gleichzeitig Grundrechte gewährt. Vor diesem Hintergrund erklärt sich auch, weshalb sich ausgerechnet England, das Land des Altliberalismus des 17. Jahrhunderts, keine Verfassung gab. Es «brauchte» sie nicht, um die bürgerlichen Forderungen zu verwirklichen, die der Monarchie bereits abgetrotzt worden waren: GRIMM (Fn. 24), 38 ff., 51 ff.

arbeitet. Die Beurteilung von Grundrechtsfragen erfordert Augenmass und Distanz. Sie sind oft kompliziert, etwa Diskriminierungsfragen – Nuancen sind oft entscheidend.<sup>35</sup> Das Bundesgericht kann dies besser als das Parlament, besser als nur akzeptabel. Aus Sicht des Referenzrahmens «Sicherung der Verfassung» ist eine solche Lösung vorzuziehen. Die dritte Gewalt ist die nachdenklichere Gewalt. Sie kann ihre Rolle im Übrigen auch bei ausgebauter Verfassungsgerichtsbarkeit zurückhaltend interpretieren.<sup>36</sup> Angesichts der Schweizer Justizkultur spricht wenig dafür, dass das Bundesgericht seine Rolle als Verfassungsgericht in einer ähnlich ambitionierten Weise definieren würde wie das höchste deutsche oder amerikanische Gericht. Harsche Zurechtweisung wäre ihm in einem solchen Fall gewiss, Reaktionen des Verfassungsgebers würden kaum ausbleiben.

[Rz 18] Ein zweites Argument – das im Licht des Referenzrahmens «Sicherung der Verfassung» Gewicht erhält – ist das Anliegen der Vermeidung von Systemwidersprüchen, die das Vertrauen in die Institutionenordnung untergraben. Werfen wir einen Blick auf die Rahmenbedingungen, unter denen die staatlichen Organe heute arbeiten. Es ist nicht so, dass – um ein auf das deutsche Bundesverfassungsgericht gemünztes Bonmot abzuwandeln – über den Staaten nur noch der schöne blaue Himmel prangt. Unsere Verfassung und Verfassungsinstitutionen sind in eine europäische Rechtsstaats-Zivilisation eingebunden, die die Arbeit auch höchster Staatsorgane mitbestimmt. Man mag die Rolle von Europarat und EGMR beurteilen, wie man will: Tatsache ist, dass Letzterer die Schweiz für Verletzungen der EMRK verurteilen kann und dass ein Austritt aus dem Europarat – eine Europaratsmitgliedschaft impliziert auch die Unterwerfung unter die EGMR-Rechtsprechung – jenseits des vernünftig verhandelbaren Horizonts liegt. Die Schweiz partizipiert als Europaratsmitglied an der europäischen Rechtsstaats-Zivilisation. Dies mag in einzelnen Punkten mit schweizerischen Traditionen kollidieren, stellt insgesamt aber eine tragende Säule jener politischen Stabilität in Europa dar, die der Schweiz viele Vorteile einträgt und die sie dringend braucht. Diese Teilnahme hat bekanntlich dazu geführt, dass für einen Teil der Grundrechte die Verfassungsgerichtsbarkeit bereits

eingeführt worden ist.<sup>37</sup> Hinsichtlich der in der EMRK (und der im UNO-Pakt II) gewährleisteten Rechte übt das Bundesgericht bereits heute faktisch Verfassungsgerichtsbarkeit aus, während dies bei den nur in der Verfassung garantierten Grundrechten nicht der Fall ist.<sup>38</sup> Das ist die mittlerweile bekannte «Zweiklassengesellschaft» bei den Grundrechten, die etwa bedeutet, dass so wichtige Grundrechte wie die Wirtschafts- und die Eigentumsfreiheit zur zweiten Klasse gehören, bei der mit Blick auf Bundesgesetze keine Verfassungsgerichtsbarkeit existiert, während dies etwa bei der Versammlungs- und Pressefreiheit anders ist.<sup>39</sup> Für die Existenz dieser Zweiklassengesellschaft gibt es Erklärungen, aber keine vernünftige Rechtfertigung. Sie ist ein Systemwiderspruch, der das Vertrauen in die Institutionenordnung tendenziell schwächt und mit dem Ziel einer möglichst gut funktionierenden Verfassungsordnung kaum vereinbar ist. Die inkonsistente und widersprüchliche Rechtslage im Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit kollidiert mit dem Gebot der Rationalität des politischen Systems, die für das Vertrauen in Staat und Verfassung wichtig ist.<sup>40</sup> Verfassungsgerichtsbarkeit muss in den Augen der Bürger konsistent sein, wenn sie Vertrauen schaffen soll. Ein Ausbau würde diesen Systemwiderspruch aufheben. Im Licht des Referenzrahmens «Sicherung der Verfassung» erscheint ein solcher Schritt als sinnvoll und geboten – während er im Licht der Funktionenteilungsidee als nicht notwendig erscheint.

### 3. Seitenblick auf das Demokratieprinzip

[Rz 19] An dieser Stelle kann ein kurzer Seitenblick auf das andere bereits erwähnte Strukturprinzip – das Demokratieprinzip – hilfreich sein. Er verdeutlicht, dass auch dieser staatsrechtliche und politische Schlüsselbegriff nur scheinbar klar ist, dass politisches Ringen in der Schweiz wesentlich Ringen um diese beiden strategischen Begriffe ist. Schweizer Politik ist oft Spiel mit den tieferen Schichten dieser strategischen Begriffe und ihren Widersprüchen. So ist auch der Demokratiebegriff in hohem Mass interpretationsoffen, er kann ebenfalls nicht ohne wertende Wahl konkretisierender Ideen verwendet, nicht aus einer allgemeinverbindlichen Definition abgeleitet werden.<sup>41</sup> Auch hier finden wir einen harten

<sup>35</sup> Ich halte das Parlament bei Diskriminierungsfragen für besonders gefährdet, die Standards der Verfassung zu verletzen. Es ist kaum ein Zufall, dass unter den Beispielen für eine im Licht der Grundrechte problematische Gesetzgebung regelmässig das Namensrecht genannt wird, das in der Schweiz weiterhin Überreste des patriarchalischen Modells mitführt. Die Erklärung ist trivial: Im Parlament treffen Welt- und Gesellschaftsbilder mit erheblicher Wucht aufeinander, und ein wesentlicher Teil dieser Bilder, die verteidigt werden, betreffen Vorstellungen von Rollen und Stellung der Geschlechter und der Ausländer.

<sup>36</sup> Ein Verfassungsgericht kann in einem konkreten Fall auch feststellen, dass *keine* rechtsstaatliche Schranke besteht – dass kein Grundrecht verletzt ist. Schubarth selbst nennt als Beispiel den Entscheid des Bundesverfassungsgerichts, dass das Inzestverbot vor dem Grundgesetz standhalte: *id.* (Fn. 1), 50.

<sup>37</sup> Vgl. BGE 125 II 417, 133 II 450 m.H.

<sup>38</sup> RENÉ RHINOW spricht von einem «gespaltenen» Grundrechtsschutz, den er für unhaltbar hält. Der Rechtsschutz des Bürgers gegenüber dem Bundesgesetzgeber dürfe nicht davon abhängen, ob er sich nur auf die Bundesverfassung oder auch auf ein in der EMRK (oder einem UNO-Pakt) verbrieftes Recht zu stützen vermag: *id.* (Fn. 2), Rz 13.

<sup>39</sup> Zu den Grundrechten der «zweiten Klasse» gehören auch die Rechtsgleichheit, das Willkürverbot, das Recht auf Wahrung von Treu und Glauben und das Recht auf Hilfe in Notlagen: RHINOW (Fn. 2), Rz. 14.

<sup>40</sup> Vgl. OLIVER DIGGELMANN, Der schwierige Ausbau des Rechtsstaates, Neue Zürcher Zeitung vom 29. Juni 2011.

<sup>41</sup> Für eine Auseinandersetzung mit der Frage der Interpretationsoffenheit des Demokratieprinzips und die spezifischen Implikationen dieses Problems in der Schweiz vgl. OLIVER DIGGELMANN, Der liberale Verfassungsstaat

Begriffskern und unscharfe Ränder. Der Kern besteht in der – wenig konkreten – Idee, dass die öffentliche Gewalt an den Willen eines bestimmten demos gekoppelt ist. Es ist jedoch alles andere als klar, an welchen konkreten Ideen sich die Verwirklichung dieses Prinzips im Einzelnen misst. Jedes Land hat seine eigene Antwort, ringt um die konkretisierenden, vermittelnden Ideen.

[Rz 20] In der Schweiz – wie in den anderen Demokratien – konkurrieren mehrere Vermittlungsideen miteinander.<sup>42</sup> Man ringt um die richtige Mischung verschiedener konkretisierender Ideen, wenn man darüber streitet, welche Reform demokratisch geboten sei und welche nicht. Zu den konkurrierenden Ideen zählen in der Schweiz jene der Bürgerpartizipation, der Konsensorientierung, der Diskursivität und der Freiheitsorientierung des politischen Systems. Es gibt keine objektiv richtige Antwort auf die Frage, was das schweizerische Demokratieverständnis ist. Jede Interpretation reklamiert für die eigene Authentizität, für die sie Belege in der Verfassung und der politischen Kultur finden kann. Um das Gesagte auf den Punkt zu bringen: Bei der Auseinandersetzung, was verfassungsrechtliche Grund- oder Strukturprinzipien wie das Rechtsstaats- und das Demokratieprinzip beinhalten, geht es nicht um eine Frage von richtig oder falsch. Jede Antwort auf diese Frage ist letztlich normativer Natur, auch wenn sie oft in deskriptivem Gewand daherkommt.

### III. ... durch die staatsrechtliche Orthodoxie?

#### 1. Schubarths Argumentation

[Rz 21] Ausgangspunkt der zweiten Anmerkung ist Schubarths Vorwurf an die Staatsrechtsrechtswissenschaft, vergleichsweise einseitig nur die Argumente zu Gunsten von Verfassungsgerichtsbarkeit zu würdigen. Es sei fraglich, um den Vorwurf nochmals im Wortlaut zu zitieren, ob die schweizerische Verfassungswissenschaft in Bezug auf die hier interessierende Frage «wissenschaftssociologisch gesehen Wissenschaft oder doch eher eine Form von wissenschaftssociologisch verbrämter Rechtspolitik» sei, «die sich eklektisch nur geraden diejenigen Argumente» herauspicke, die in ihr rechtspolitisches Konzept passten.<sup>43</sup> Mir geht es nicht um die Form des Vorwurfs. Mein Interesse gilt der Frage, was ihn ausgelöst haben könnte. Ich will mich ihr so vorsichtig wie möglich nähern.

[Rz 22] Festgehalten zu werden verdient zunächst, dass im wissenschaftlichen Schrifttum durchaus eine nuancierte Auseinandersetzung mit der Frage der Verfassungsgerichtsbarkeit

zu finden ist.<sup>44</sup> Schubarth ist hier zu widersprechen. Der Umstand, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit in der schweizerischen Wissenschaft mehr Befürworter als Gegner kennt, sagt für sich genommen nichts aus.<sup>45</sup> Offenbar überwiegen die Argumente für einen Ausbau in den Augen der meisten Angehörigen der Wissenschaftsgemeinde. Eine andere Frage ist hingegen, wie die Stimmen der Wissenschaft in der Öffentlichkeit zu vernehmen sind. Dazu ist zweierlei zuzusagen: Zum einen zwingen die Rahmenbedingungen des heutigen Medienbetriebs oft zu pointierten Stellungnahmen, wo der Wissenschaftler eine Analyse und eine allenfalls nur vorsichtige Positionierung vorziehen würde. Zum anderen dürfte Schubarth insofern einen Punkt treffen, als jene Stimmen, die einer Ausweitung der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Öffentlichkeit skeptisch gegenüberstehen, die Ausnahme darstellen.<sup>46</sup> Die Autorin einer Kurzbesprechung von Schubarths Büchlein in der Neuen Zürcher Zeitung sah sich neulich zu einer interessanten Bemerkung veranlasst. Sie schrieb, kaum jemand in der schweizerischen Staatslehre trete «offen» gegen den derzeit diskutierten Ausbau ein.<sup>47</sup> Dass sie das Wort «offen» verwendete, ist an dieser Stelle von Interesse. Offenbar ist nicht nur bei Schubarth der Eindruck entstanden, es existiere bei dieser Frage eine Art staatsrechtliche Orthodoxie.

[Rz 23] Nimmt man die Frage ernst, so führt sie zu weiteren Schauplätzen. Es springt ins Auge, dass eine vergleichbare Grundkonstellation in den letzten Jahren auch bei anderen Debatten zur Rechtsstaatlichkeit feststellbar war. Zu erwähnen ist zunächst die Debatte über das Minarettverbot. Die Vorlage warf offensichtlich Fragen zur Religionsfreiheit und zum Diskriminierungsverbot auf. Auffällig war aber, wie schnell aus der Wissenschaft zu hören war, die Vorlage sei nicht nur heikel, sondern sie verletze die Religionsfreiheit.<sup>48</sup> Ähnliches wäre zur Ausschaffungsinitiative zu sagen. Die Vorlage warf – unter anderem – Fragen zur EMRK-Konformität und zur Vereinbarkeit mit dem völkerrechtlichen *ius cogens* auf. Sie war jedoch so formuliert, dass eine zurückhaltende Lesart Menschenrechtskonformität zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen hätte (wenn man den Begriff der Wegweisung im Text des Verfassungsartikels als Entzug der Aufenthaltsberechtigung, nicht als Ausschaffung im Sinne einer physischen Entfernungsmassnahme versteht)<sup>49</sup>. Mir

<sup>44</sup> Vgl. die Hinweise in Fn. 2.

<sup>45</sup> So gibt es in der Schweizer Staatsrechtslehre auch mehr Gegner als Befürworter einer Direktwahl des Bundesrates. Niemand käme deshalb aber auf die Idee, der Wissenschaft Einseitigkeit vorzuwerfen.

<sup>46</sup> Etwa auch: RICHLI (Fn. 28).

<sup>47</sup> KATARINA FONTANA, Fragezeichen zur Verfassungsjustiz, Neue Zürcher Zeitung vom 7. Juli 2011.

<sup>48</sup> Früh etwa: YVO HANGARTNER, Minarettverbot verletzt Religionsfreiheit, Neue Zürcher Zeitung vom 14. Dezember 2008.

<sup>49</sup> JOHANNES REICH, Verletzt die «Ausschaffungsinitiative» zwingende Bestimmungen des Völkerrechts? Zur Frage der Gültigkeit der eidgenössischen Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer»

und die Internationalisierung der Politik. Veränderungen von Staat und Demokratie in der Schweiz, Habil., Bern 2005, 67 ff. m.H.

<sup>42</sup> *Ibid.*, 76 ff.

<sup>43</sup> SCHUBARTH (Fn. 1), 2.



geht es nicht darum, Grundrechtskonformität der Vorlagen zu behaupten. Mich interessiert, dass in der Öffentlichkeit rasch der Eindruck entstand, die Stimmen aus der Wissenschaft würden das Argument der Rechtsstaatswidrigkeit in Form des Arguments der Menschenrechtsverletzung gegen Politikgestaltungsspielräume von Volk und Parlament in Stellung bringen.<sup>50</sup>

## 2. Politikvertrauen der Bundesverfassung

[Rz 24] Hinter dieser Grundkonstellation dürfte mehr stecken als eindeutige wissenschaftliche Überzeugungen. Meiner Meinung nach könnte es hilfreich sein, kurz einen Blick auf das Verhältnis von Politik und rechtsstaatlichen Politiksschranken in der Bundesverfassung im Grundsätzlichen zu werfen. Die schweizerische Bundesverfassung ist eine Verfassung mit ausgesprochen grossem Politikvertrauen. Sie kennt – verglichen etwa mit dem deutschen Grundgesetz –<sup>51</sup> relativ wenig rechtsstaatliche Politiksschranken. Es existiert keine voll ausgebaute Verfassungsgerichtsbarkeit, die das Parlament im Extremfall auf jeden Fall stoppen könnte, und mit der Volksinitiative darf einzig nicht gegen zwingendes Völkerrecht verstossen werden. Man kann mit der Volksinitiative, vereinfacht gesagt, «alles verlangen», wenn man es separat, d.h. unter Beachtung der Gebote der Einheit der Materie und der Form, verlangt und zwingendes Völkerrecht beachtet. Zu letzterem gehört nur ein kleiner, wenn auch im Einzelnen umstrittener Bestand völkerrechtlicher Normen. Eine solche Verfassung ist Ausdruck des Selbstverständnisses einer politischen Gemeinschaft, in der die Vorstellung kaum eine Rolle spielt, sich vor sich selbst, vor Teilen der eigenen Gesellschaft schützen zu müssen.

[Rz 25] Doch hat man dieses Vertrauen wirklich? Es gibt viele Beispiele für Fälle, in denen Gefährliches verlangt oder realisiert wurde – für die politische Gemeinschaft als Ganze, für Minderheiten und Einzelne.<sup>52</sup> Man könnte hier – mit aller

Vorsicht – fragen, ob die Staatsrechtswissenschaft allenfalls eine gewisse kompensatorische Funktion übernimmt. Wo kein Verfassungsgericht verbindlich rechtliche Politikgrenzen festlegen kann, fällt dem Experten automatisch eine Schlüsselrolle bei der Bestimmung dieser Grenzen zu. Die Grundkonstellation ist zumindest so, dass sie Wissenschaftlern ermöglicht, eine gewisse Rolle als Hüter der Verfassung zu übernehmen.<sup>53</sup> Man denke an die Diskussionen um mögliche autonome Interpretationen des Begriffs «zwingendes Völkerrechts». Dies wäre eine gewisse Erklärung für eine Grundtendenz öffentlich wahrnehmbarer Stimmen aus der Wissenschaft, rechtsstaatliche Politiksschranken hoch anzusetzen.<sup>54</sup>

## 3. Erosion des politisch-kulturellen Nachkriegskonsenses

[Rz 26] Ich möchte diesen Überlegungen einen weiteren Gesichtspunkt hinzufügen. Für ihre Plausibilität spricht meiner Meinung nach, dass die beschriebenen Konstellationen sich in einer Zeit häufen, in der der politische Binnenkonsens offenkundig unter Druck geraten ist. Sie treten in einer Zeit auf, in der der politisch-kulturelle Nachkriegskonsens – der die Politik und den Umgang mit den Verfassungsinstitutionen prägte – zwar nicht weggebrochen ist, von massgeblichen Teilen der politischen Kräfte aber stärker in Frage gestellt wird. Der oft rüde Ton von in den letzten zwei Jahrzehnten stark gewordenen politischen Kräften in Verbindung mit ostentativer Kompromisslosigkeit in der Sache wird von vielen, insbesondere auch vielen Wissenschaftlern, als Angriff auf die konsensorientierte politische Kultur der Schweiz empfunden, als deren Ausdruck und Sicherung man die Verfassung sieht. Dabei wird die Konsensorientierung der Nachkriegsjahrzehnte überwiegend als Massstab für das Funktionieren der Institutionenordnung verwendet. In der Sache lebte sie aber von Voraussetzungen, die heute so nicht mehr gegeben sind.

[Rz 27] Der rasant wachsende Wohlstand erlaubte es damals, vereinfacht gesagt, neue Interessengruppen besser zu berücksichtigen ohne bereits etablierten etwas wegzunehmen. Die Hochkonjunktur ersparte viele Zumutungen, wachsende Einnahmen vermochten den sozialen und wirtschaftlichen Strukturwandel aufzufangen, die Reallöhne der Arbeiter verdreifachten sich zwischen 1945 und 1991.<sup>55</sup> Historisch war die ausgeprägte Konsensorientierung des

(Ausschaffungsinitiative) im Lichte von Art. 139 Abs. 2 BV, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 127 (2008) I, 499 ff., 513 ff.

<sup>50</sup> Zum Medienecho auf das Zustandekommen der Initiative und die Stimme der Staatsrechtswissenschaft vgl. die Hinweise bei REICH (Fn. 49), 500 (Fn. 5).

<sup>51</sup> Aus der hier interessierenden Perspektive ist an der sogenannten Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 des deutschen Grundgesetzes auch die inter-generationelle Seite interessant. Das Misstrauen in die Politik wird gewissermassen in alle Zukunft verfassungsrechtlich fortgeschrieben. Wenn man so will: Die Misstrauensklausel kann nur durch Umstände entfernt werden, die das Misstrauen gewissermassen als gerechtfertigt erscheinen liessen.

<sup>52</sup> Beispielhaft seien hier nur folgende Volksinitiativen angeführt, die klar abgelehnt wurden: die Schutzhaft-Initiative von 1919, die nach dem Generalstreik die innere Sicherheit gefährdende Personen «unverzüglich» in Schutzhaft zu nehmen verlangte; die «Frontisteninitiative» von 1934, die einen Umbau des Staates in Richtung ständisch-autoritären Staat verlangte und immerhin in den katholischen Ständen eine Mehrheit fand. Für eine Übersicht über «problematische» Volksinitiativen: NINA BURRI/KASPAR GROSSENBACHER/AGLAJA SCHINZEL/DAVID SUTER, Volksinitiativen: Bausatz für

eine Reform, foraus-Diskussionspapier Nr. 7 (April 2011), 14 ff.

<sup>53</sup> Zu Rolle und Dilemma des Experten: DANIEL THÜRER, Der Experte: Eine «vierte Gewalt»? Seine Rolle im Gemeinwesen zwischen Sachverstand und demokratischer Legitimität, in: Thilo Marauhn (Hrsg.), Recht, Politik und Rechtspolitik in den internationalen Beziehungen, Tübingen 2005, 45 ff.

<sup>54</sup> Zur Kritik nationalen Rechts mittels im Völkerrecht begründeter (rechtsstaatlicher) Politiksschranken im Besonderen vgl. ANDREAS KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts in der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2011, 347 f.

<sup>55</sup> THOMAS MAISEN, Geschichte der Schweiz, Baden 2010, 286 f.

politischen Systems der Schweiz – mit der Exekutiv-Konkordanz als symbolischem Ausdruck – zwar keineswegs seit jeher eine Selbstverständlichkeit. Man tendiert heute zu vergessen, dass ein harter bis unerbittlicher Umgang mit der Sozialdemokratie bis in die Zwischenkriegszeit ein bürgerliches Credo war und dass bis in die 1890er-Jahre hinein auch mit Katholisch-Konservativen in einer Weise verfahren wurde, die von selbigen oft als rabiate Ausgrenzung empfunden wurde.<sup>56</sup> Wichtig dürfte im vorliegenden Zusammenhang aber sein, dass die Erfahrungen der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts diese früheren Erfahrungen aus der kollektiven Erinnerung weitgehend verdrängt und die Überzeugung alimentiert haben, maximale Konsensorientierung sei dem politischen System der Schweiz als Wert immanent.

[Rz 28] Vor dem Hintergrund dieser Grundkonstellation kann es nicht erstaunen, dass das Instellungsbringen rechtsstaatlicher Politiksschranken durch Stimmen aus der Wissenschaft in den Verfassungsdebatten der jüngeren Vergangenheit stets gegen jene Kräfte gerichtet war, die die Konsensorientierung gemässigerer Kräfte verspotteten oder gar verhöhnten (Weichsinnige, Sozialdemokraten als «Sozialisten»). Jedenfalls dürfte die Überzeugung von der Konsensorientierung als Systemzwang mit ein Faktor sein, der Stimmen aus der Staatsrechtswissenschaft dazu veranlasst, in Zeiten verschärfter politischer Auseinandersetzung tendenziell für eine Erhöhung der rechtsstaatlichen Politiksschranken einzutreten. Das muss nicht falsch sein. Die Rolle der Experten wird durch den Zustand der Institutionenordnung mitbestimmt. Sie ist keine abstrakte, sondern eine konkrete, auf konkrete Problemlagen mit ihren sachlichen und akteursmässigen Rahmenbedingungen bezogene.

---

Prof. Dr. Oliver Diggelmann ist Ordinarius für Völkerrecht, Europarecht, Öffentliches Recht und Staatsphilosophie an der Universität Zürich

---

\* \* \*

---

<sup>56</sup> Die mittlerweile alle aufgehobenen, im Klima des Kulturkampfes der 1870er-Jahre (in der Folge der Verkündung des päpstlichen Unfehlbarkeitsdogmas) entstandenen Konfessionsartikel wollten den Einfluss katholischer Geistlicher auf die Politik eindämmen, die zum modernen liberalen Staat weiterhin in einem kaum überbrückbaren Gegensatz standen. Der Jesuitenorden und die Gründung neuer Klöster und Orden wurden verboten. Die Errichtung von Bistümern bedurfte der Genehmigung durch den Bund, Geistliche waren generell von der Wahl in den Nationalrat ausgeschlossen.